

外国人追放における権利濫用の一考察

——主権的任意裁量権に適法性の限界は存在するか——

名 島

芳

目 次

- 一、序 説
- 二、先 例 考 証
 - 1、ボツフオロ事件
 - 2、マール事件
 - 3、オリヴァ事件
 - 4、バケ事件
 - 5、ザーマン事件
 - 6、追放と権利濫用
- 三、結 語

外国人追放における権利濫用の一考察

序 説

国際法における権利の濫用は幾度か、国際司法裁判所において問題とされた。またそのことは同時に、国際関係における法規範のあり方が、法解釈学上依然、目的論的に反省に曝される機会でもあった。

一九二六年ホルジョウ工場事件、一九三四年仏・スイス自由地帯問題、一九三七年ミューズ河引水事件、第二次大戦後においては一九四六年コルフ海峡事件、一九四八年国連加入問題、一九四九年イギリス・ノルウェー間漁業事件等において権利濫用の問題が具体的係争を背景としてとりあげられたのは事実である。

しかし、裁判所が示した同問題の取扱いの慎重さもまた軽視し得ない。

何故そのような慎重が必要であるのか。

恐らく、抽象的性格の法原則を適用することより、もっと明確な準則によつて問題が解決される余地があるならば、不要な法源的混乱を齎したくないとする技術的顧慮も手伝っているであらう。

が、適法性の外¹⁾を有しながら、法秩序の目的に背馳する権利の行使は、いかなる法体系の下においても生じうることを否認するものはない。

国際法のような原始的な様相を多く有する法体系においては、ただ形式的な法的要件の検討のみで不法性を明かにすることは充分でない場合がありうる。(1)

即ち、法秩序の精神目的の明確化を実定的に行うことが適法・違法の分別に実質的な意義をもつことが考えられる。主権の併列的關係において、社会が結成され、位階的に上級者による一元立法が行われるのではない事実は今日においても、国際法の立つ事実的争件として原則的に存在している。(2)

そうであればこそ、国際法の有効性が法秩序の属性として常にみとめられるためには、国際法上の権利と義務の抵触を調整する法原則の作用を認めることは、必ずしも不必要ではないであらう。

国内法における濫用禁止の原則は、歴史的にみれば、成文主義にもとづく法理の厳格解釈の行きづまりにおいて、一つの反動として表れたものと云える。(濫用理論の生れた国はナポレオン法典の支配下にあえいだフランスであったことが想起される。)

しかし、国際法はすでにふれた如く、技術的精ちの点では国内法が成文主義に毒された経験のようななどをもち合わせる程までに進化してはいない。また国内立法政策の立場からする公序の概念の如きも国際法上は実定的に明確な形で存在するとは云い得ないであらう。

このような条件下において濫用理論が省みられるのは、要するに権利の過度なる厳格行使を招き易い国際法の法的基盤、即ち主権的権利に対する規制が一般国際法上は多くの場合慣習的形式に委ねられ、国際社会で一方に於て擡頭する進化的法意識と相容れない場合があるからである。

純法理的問題として濫用禁止原則の法源的解釈をどのように行うかも従来興味ある問題点をなして来たが⁽³⁾、最近大国間における核爆発実験による放射能物質の降下、大気の汚染による悪害の発生などについてもその違法性の確認においてこの理論は実質的の寄与をなし得るものと思われる。

本稿は、しかしながら、紙数の関係上、権利濫用禁止原則の適用可能性に関する一試論として、従来属地的主権作用の典型とされている外国人追放の場合を例示的に簡単に考証するものである。

権利濫用が一つの法現象である以上、それは与えられた法的事件の個々に応じて発生の様相を変えることは考え得る。追放における濫用もまたそのような一様相であるに過ぎない。

① P. Guggenheim; La validité et la nullité des actes juridiques internationaux. Chap. VI. I. P. 250 Recueil à la Haye 1949. II.

② R. Ago. *Scienza giuridica e diritto internazionale*. P. 9

③ 既往の濫用理論そのものに関しては別稿において改めて論ずることとする。

先例考証

1、ボッフオロ事件 (1)

この事件は一八九八年六月、ヴェネズエラに入国したボッフオロと称するイタリア人の追放について、生じた仲裁裁判事件である。

極めて大づかみに、事件の概梗をのべれば次の如くである。事件本人は一九〇〇年カラカスに居住し、イタリア語週刊雑誌の発行人であった。たまたまその週刊紙の一九〇一年四月号の中に当時、当地で起った地方的な小事件につき、地方司法官憲のとった措置について批判的な記事を書いた。その中で彼は右官憲のとるべき立場を指摘した上、事の行きがかり上、ヴェネズエラ大統領に対しても批判的な言及を行った。そして、この際読者に対し、社会主義的な新聞とされていたエル・オブレロをよめとすすめた。その三日後、突如、官報は彼ボッフオロを追放する旨の命令を公表し、彼はたい捕された上、キュラコアにある強制收容所に送られた。その後約一月経って、イタリア公使の工作により、一応帰宅することを許された。しかるに、その後も再々警察訊問をうけ、警察の脅威を感じて、遂に自発的に出国せざるを得なかった。(2)

この問題は続いて伊・ヴェネズエラ間の国際紛争となり、仲裁裁判に付託されたのである。

判定人は「外国人を追放する一般的な権能、少くとも統治行為の中に存在する原因のために、外国人を追放する権能は之を疑い得ない。」とのべて、追放の形で表われる主権作用が国家権能として一応妥当なものであることを承認した。

しかし、同時に判決は、(イ)追放は極端な場合においてのみ、手段として採るべきこと。(ロ)しかも、追放を受ける者に害を与えざる方法で完了されるべきこと、を指摘し、(ハ)この権能を行使する国は、必要な場合は何時でも国際法廷において、そのような追放を行う理由を述べなければならぬ。且つ、その理由が不十分なる場合及び、理由を全く陳述しない場合においては、そのことから生ずべき責任を負う。と予め述べている。そして結局、ボツフォロ事件において、仲裁委員会に示されたヴェネズエラ側の理由がたゞ一つであるというばかりでなく、極めて根拠に乏しいものであることを次の如く述べている。

「本件においては、委員会に示された唯一の理由として、ボツフォロの行為が、言論の自由を妨害し、且、ヴェネズエラ憲法に抵触すること、及びヴェネズエラは何はさておき、国家公務員の行為を規制する成文法を現有している国であることが示されたが、これらの理由は、事実上はどのように有利な理由であるにせよ、判定人によって充分なものとしては、受理され得ない処である。」(3)

外国人の滞在を終止せしめる政府の権能は属地的主権の絶対性の典型的な例として従来殆ど争はれたことがない程今日まで確立して来たかに見える。(4) しかし、そのような国家権能の絶対性は、一定の法的目的の上に承認されることは勿論で、国際的慣行は、多くの場合追放に関する主権的権能を、行使の際の目的と、具体的行使の態容、の二点において、一般国際法上認められている追放の制度の適正な適用として捉え得るか否かを決定する標識としようとする傾向が見られる。右のボツフォロ事件について見るに、追放を行うに当って、公安上の理由の如く、極端な場合

の措置として行うことは、一般國際法に照らし、妥当なものであることを仲裁委員会も認めたが、追放理由が充分な心証を与えないことは、申立の如き公安上の理由が、追放の制度目的と、追放権能の行使の決定の二者が具体的事件において、一括的に相応因果關係の中にないからと云える。國家の有する追放の權利の適法な行使の限界の決定は、屬地的主權にもとづく宏汎な權能として追放を考える限り常に政治的、浮動的な色彩に隠され得る。また追放は、追放を行う國家自身が決定するから、裁量は當該國に全面的に認められている。

けれども、注意すべきことは、その裁量行為も追放制度の目的の枠内で行われるべきものであって、最も主觀的な公安上の理由を援用するとしても、そのみによって常に追放制度の目的に従ったものと解するのは、余りにも形式的な主權的權能の合法性の推定であるという他はない。一方において、追放の制度が、國際法上、極めて内容的に不確実な要件にもとづく慣習法であることも、右のような制度そのものの機能の主權作用と同一視し勝ちな見解を生ぜしめた一因である。

追放に関しては、右の考証に照らせば、その効果に關して國際爭訟が生じた際に始めて追放制度の前提とされる裁量權にもとづく、實際の裁量が、適正であつたか否かが、ある程度客觀的に評價される可能性をもつこととなる。

「ある權能を行使する權利と、その權能の適法な行使 (legal exercise) との間には、非常に大きな相違が存しうるということ、我々は見落してはならない。」⁵⁾ と判決はのべている、たしかに任意裁量權の行使は、一定の制度的機能として行われなければならないから、広汎な政治的自由に屬する國家權能としてではなくて、裁量權の行使を追放制度の精神目的に照らして、法律性の枠内にとどめる限界が存し得ることをボツフォロ事件判決は指摘しているものと思われる。

(註) ① この事件の要旨は次のものから引用した。

Ralston. Law and Procedure of International Tribunals. Section 515, P287.

- ② Venezuelan Arbitrations of 1903 Lalston and Doyle. P.696
- ③ Ralston, Law and Procedure of International Tribunals P. 287
- ④ Oppenheim Lauterpacht: Intanational Law Vol. 1. P 631
- ⑤ Venezuelan Arbitrations of 1903 P. 700

2、マール事件 (1)

本事件はオランダ・ヴェネズエラ間の仲裁委員会によって取扱われたものである。関係部分の判決を先づ引用しよう。

「ヴェネズエラ政府が適切且、合法的方法を用いて自国の公安を危くする人物の入国を拒否し得、また必要とあれば、その者を追放し、この点で宏汎な任意裁定権を行使し得ることは、裁定人（訳注―オランダ・ヴェネズエラ仲裁委員会判定人のこと）は毫も支障のない処と考える。追放……が遂行される際の方法と手段は各国によって異なっている。しかし、凡そ国家は、現存しまたは将来に予見される⁽²⁾一定の危険から自国を正当に守らんとする場合においてのみ、右の如き権利を行使するのであるから、追放の権利はすべて主権国に固有のものであり、また主権の属性の一つである。本件についてみるに、原告の追放が、原告に不必要な侮辱と苦痛を与えることなく、完了せられていたならば、裁定人は本請求の却下を余儀なくされていると感じたであらう。しかしながら、原告が追放に關して受けた侮辱と、戦争中に原告に対して抱かれた疑惑の二点を考慮して、裁定人は五百ドルの慰謝料をみとめる。」

この判定は、右引用文の前年においては、明かに、追放を主権個有の権能として考える点に重きがおかれ、たまた

まこの行使が、原告を犯罪人の如く引き立て、被告は公衆の面前を連行され、衣服まで脱がされて哄笑を浴びたというような、結果を惹起したが故に慰謝料を認める、という考え方に立っている。

従つて、結果から云えば、(一) 追放が公安上の危険から自国を守る場合にのみ採らるべき措置であることと、(二) 追放の具体的な行使は、追放される者を不必要に苦しめるような意味での濫用を招いてはならぬことを示すものと思われる。大体の傾向において、前述ボッホロ事件判決との共通点は、ボッホロ事件判決では追放が極端なる場合にとられるべき措置であることが指摘されたのと同様に、自国の公安上の完全を期するためにのみ追放は行わるべし、ということを原則論と解している点であらう。これらのことは、追放の権利は任意裁定的ではあるが、それは一定の要件が満たされた上で、行使するか否かが選択される意味であることを示すものであらう。

従つて国家の有する一般的権能として追放の自由は存し得ても、それは、有目的に行使される権能であり、行使の具体的な意義において、政治的自由と異なる処が明確であり得べきものである。

次に、マール事件判定の第二の問題点としてあげた、慰謝料請求をみとめる直接原因となつた追放に附帯した諸々の事由（不必要な侮辱とか苦痛という表現で表わされたもの）は、権利の濫用と如何なる關係にあるか。

追放の権利の濫用は、濫用という語の一般的な意味では、マール事件判決が挙げた如き、追放を行使する官憲の非行をも意味し得よう。

しかし、このような追放該当事者の具体的取扱の問題は、外国人保護に関するものとして考えるべきである、とする説がある。(3)

思うに、この立場は追放の権利の濫用の問題は、追放の判決にはじまつて具体的手続である追放執行に至る総ての段階を包含する、とせずして、裁定権の発動理由の当否のみを追放の制度目的に適合するや否やの点で検討すれば権

利の濫用は確認しうると解するからであらう。何れにせよ追放が任意裁定にもとづくから、追放の執行においても、国際法上拘束性が少なく、国家機関が追放該当者に悪待遇を与えることも許される、と解することは、追放の意義をその目的及び行使の二面において二重にあやまるものと云いうる。

以上に見た二つの先例は、仲裁委員会において、外国人追放の正当性の審査が行われたことから、幾つかの問題点を——国際法における権利濫用という点で——示唆しているものと思われる。

一般国際法上の制度でありながら、その慣習法的形成の故に、制度そのものの技術的な精密性が未成熟である場合には、一般的について、そのような制度の適用が国際紛争の原因をなす場合が多い。外国人追放の場合はまさにその一例である。

従って個々の追放のケースの違法性の本質を統一的に理解するためには、法の一般原則としてまとめられている権利濫用禁止の原則を、属地的主権作用の適法性の評価という観点から援用することが必要である。

結論として右先例に関する限り、国家の主権的裁量権の行使は、抽象的ではあるが、一定の法的義務に服すべきものであることは否み難い。

具体的な問題点を指摘してはいないが、追放の権利とその濫用に関する左の如き主要学説は、右にのべた処を意味している。

ハイド「追放されるべき個人の選定においてであれ、また、追放の方法においてであれ、恣意的な (arbitrary) 行為は、権能の濫用を意味するであらう。」⁽⁴⁾

OPPENHEIM「国家は任意裁量に従って追放の権利を行使し得るけれども、専断的な方法に訴えて、その権利を濫用してはならない。」⁽⁵⁾

① この事件は、オランダマールが反政府革命運動者と共謀した疑いにより追放された事件である。引用は *Ralston, Law and Procedure of International Tribunals*. P. 228 から一九〇三年判決九一四号（オランダ、ヴェネズエラ仲裁委員会）の“matter of law”の部分によつた。

② 追放が将来に関する予防的な措置として用いられることは稀になった、ともその後に云われている。

Borchard, *Diplomatic protection of citizens abroad*, 1922. P. 55

③ キス (Ch. Kiss) はその著書 *Abus de droit en droit international* の中でいくつか検討した先例が一元的類型として捉えられない理由として、外国人の悪待遇と、国家の有する任意裁量権の行使とが概念的に混同されているからだと云ふ。

即ち、「外国人を追放する国家の権利が一般的に裁量的なものと承認されるとすれば、それは、正当な理由 (*raison valable*) なくして追放を行い、あるいは被追放者に対して許容しがたい条件を定めるといふような裁量の濫用を禁止することによつて、はじめて裁量的なものと限定されているのである。

被追放者に許しがたい条件を課す点、即ち追放の命令の実際的な執行においてはおよそ右にいうような任意的な権能はみとめ得ない。」とのべてゐる。（キス前掲書一一四—一一五頁参照）

従つて、キスの見解は、追放決定の動機を検証することにより濫用を指摘する立場に限られているものといふことができる。

④ Hyde, *International Law Vol. 1* P. 230, 1947

⑤ Oppenheim *Lauterpacht, International Law* P. 632, 1947

3、オリヴァ事件

この事件の判決は、先に見たボツフォロ事件に言及したのち、追放をうけたオリヴァの主張をみとめた。即ちヴェネズエラ仲裁委員会が扱った限りの先例の上に立つて判断すれば、追放が結果的にみてその法的要件をみたさずして

行われたときには、追放を決定した国は、適法な権利なくして、その措置に訴へたものと断じている。簡単に關係部分の判定文を引用すれば次の如くである。

「……ボツフォロ事件で示されているから、追放の権利に関する原則をば、こゝで再び論述する必要があるとは思われない。……ボツフォロ事件において追放の権利は確認されたが、その権利の行使に際して偶發する危険は、之も同時に充分指摘された。……本事件においては、オリヴァーの追放が、右に云う適法な権利 (legal right) なくして、採られたと裁判所は思考する旨を述べるだけで充分であらう。」⁽¹⁾

① *Ralston, Law and Procedure of International Tribunals, P. 265, 5187 年 5 月 11 日*

4、パケ事件

この事件では、裁判において、追放の理由が一段と重視されている。

判定文 (1) はそのことを次のように述べている。

「…… (一) 外国人を追放し、或は自国領土への入国を禁止する権利は一般に認められている。 (二) 各国が当該外国人は、自国公安に害あるものと考える場合、或は、高度に政治的人物であるとき、当該外国人の身体 (person) に関してこの権利 (追放) の行使を保有するものである。 (三) しかし、追放の権利の適用は、右の目的のため国外には、之を援用することができない。 (四) 一方において、各国政府間で一般に行われている慣行は、若し、当該外国人の本国から請求があれば、同人追放に関する説明を、右政府に対して行うこととなっている。そのような説明が拒絶された場合には——審査中の本件は特にそのケースであるが——損害賠償を課する性質の専断的行為として考へうる。本件においては、ヴェネズエラ国憲法の規定によれば、行政権の権能は、公安に害ありとの疑を有

する帰化外人を自国内に入国せしめることを禁止し、または同国から追放するという権限にまで及ばないという事実によって、右にのべた専断的行為は、一屬重大化している。」⁽¹⁾

この場合においては、権限を有しない国家機関が行った追放が問題になっている。

追放が有因的法律行為として、一般國際法上考えられなければならぬことを指摘する点では、この判定も亦、上記の各先例と同じ立場に立っている。しかし、追放の権限なき官憲がその処置を採ったことは、それだけで、明らかに違法行為を構成している。従つて、任意裁定権の濫用の推定は追放理由説明の拒否とむすびつけられ、別に権限外の行為としての追放であつた、という二つの観点よりすれば判決が、〃専断的行為は一屬重大化している〃と述べたのは、実は、二重の性格をもつ濫用行為であることを意味するとも解しうる。

前にも触れた如く、追放の理由及び手続について、具体的な規定を有する國際法が存在しているならば、追放に關して權利濫用禁止原則の見地から、違法性を引き出そうという考慮は不必要な觀念論となる。しかるに、一般國際法の現状が未だ追放に關して法技術的な充足性を有しないならば、⁽²⁾ 右に見た判決の中に認めうるような、裁量行為の法的限界の問題として追放理由の証明と、權利行使の手続の適正な、主權的權能が追放に關する國際法規の不完全性にも拘らず、濫用として違法性を帯びる限界を示すものといえる。

① 前掲書二六五頁、より引用

② 追放の専断的行使を制限する立法案が國際法学会ですでに審議されたことがある。一八八八年及び一八九二年に夫々外國人追放の權利が問題とされたが、わけても一八九二年には比較的詳細な規制が宣言草案として作成された。

その中で三十四条及び三十五条は夫々、追放を行う國の法規にてらして、追放措置の合法性を検証するため當事國から獨立した司法機關の前で、追放に訴えた理由をただし得ること等を定めている。

5、ザーマン事件⁽¹⁾

先に見たパケ事件判定文は、追放理由の説明が国際法廷で与えられない場合、それは責任を生ずべき行為と断定したが、追放決定という国家の任意裁量行為は、少くともパケ事件においては、明白な客観的制限の前に立たされたものといえる。追放決定の理由を知ることが、その決定の下された情況及び動機を、裁判所が客観的に検証せんがためであることは云うまでもない。追放の問題が、以上のような形で第三者の法的考慮に委ねられることは形式的には、追放理由の知悉が問はれているにも拘らず、本質的には、追放決定の違法性を、決定の動機において発見しようということに他ならない。このような状態においては権利濫用原則によって違法性を指摘することと、問題は極めて近似して来ることは注目すべきであらう。⁽²⁾

従って、追放の理由として法廷に提示される事実は証拠として、問題の裁定に重要な役割を示めることは、場合により想像に難くない。ザーマン事件は以上の如き意味で追放理由の拳証とその信憑性を問題にしている。

裁判所はこの事件において、先づ理由の明示なくして事件本人ザーマンの追放が行われた事実及び、その本国により仲裁委員会に訴えられた際に始めて、メキシコ政府が法廷で援用した追放理由をとりあげて、それらはすべてすでに執行された追放を合法的と考えしめる証拠としては不十分である、とした。その判定文は次のごとく述べている。

「厳格に言えば、メキシコ共和国大統領は、危険人物と考えられる外国人を自国領土外に追放する権利を有していた。戦争及び騒擾が続く間は、右の権利を極めて薄弱な疑惑に基いてであっても、行使することは必要であるかも知れない。しかし本事件の場合、戦争状態は発生していなかった。そのことは、公安上の理由もなく、原告に対する告発 (charge) もなく、また裁判も行わずして、原告を追放する理由を構成しない。仮りに、メキシコ政府が右の如き

追放を行う理由を有したとすれば、同政府は少くとも、本委員会の前でその告発 (charge) の正当性を証明する義務を負わなければならない。

しかるに、メキシコ政府の提出した唯一の主張たる原告は帝国主義的な官憲によって雇用されていたものであるとの主張——即ちアメリカの領事から本国政府宛に出された公信の中にも記されたその主張——だけでは、果して原告がそのような関係で雇用されていたという事実の充分な証拠、または、彼の追放のための充分な理由を、構成するとは、判定人には考えられない。』³⁾

① Moore, Digest of International Law Vol 6 P. 3348 にとりあげられている。

② 追放における権利濫用の認識の本質がこの点にあることをキスは強調するかに見える、例えば次のごとく述べている。

「(被追放者の本国の要請に基き追放を行った国にその理由をのべしめる) 義務は……充分な重大性を帯びない場合に追放に訴えることを禁ずる。特殊な国際法規の萌芽を含んではいけないだろうか?。論理的には含んでいる。しかし——国際慣行がそれから一定の帰結を引き出してきたとは思えない。」(一三七頁)

「……何れにせよ、追放の動機及び理由を深く調べることは不欠である。政府の任意裁量権の行使に関する検討は権利濫用理論からは遠くないであろう。」(一三六頁)

③ Moore, 前掲書同項より引用。

6、追放と権利濫用

追放に関して、濫用の可能性が採り上げられたのは、追放を行う権利が、国家に許された国際法上の任意裁量権であることに、先づ起因する。しかもこゝで見落し得ないことは、この種の任意裁量権は所謂、尚保領域 (le *de main reserve*) を構成する国家権能のうちの典型的なものとして考えられている事実である。

本来、留保領域に属する事項は国内問題として国際性をもたぬことを特性とするが、追放は、属地的主権作用と属地的主権作用である外交保護権の行使の抵触問題となる場合が多い。その場合に始めて属地的主権作用として、公安上の理由等による追放の基準の有効性が問題となる。従って、一般国際法が追放に関する国家の任意裁量権を認めているとしても、その行使に関しては国際裁判の如き手続をへて、その場合毎に応じて国際法的理解から評価される可能性は之を否定し得ない。註①

1 例えば、以上に見た諸先例よりも十数年後にかゝれた Borchard の書には次のごとき事実の指摘があらわれている。

「(追放の)命令は他国の市民に影響を与えるのであるから、実際上は追放権を行使する政府は、追放の行為が公安が脅かされているという適法な怖れにもとづいて採られたのだという証拠を要求し、或は提供することが原則となつてきた」(傍点筆者)

Borchard, Diplomatic protection of citizens abroad 1922. Section 28 より引用

しかも追放の制度は、主として追放の権利が各国家に承認されているという、極めて抽象的原始的段階において云うるのみであり、且、外国人追放に関する特殊法規的な手続規範の存在は把握しがたいのが現状であるから、国際法上における権利濫用の原則の右事項に関する適用可能性は、指摘することが出来るであらう。

けれども、既に例示した如き、任意裁量権の限界を意味したと思われる先例の示唆も、必ずしも追放に関する一般的国際慣行として承認されているとは云い難いから、追放において、権利濫用原則の適用が国際裁判による事件の検証をまたないで常に有効であると断言することはできない。たゞ、追放に関する特殊国際法規の不存在と、原則的にみとめられている追放権が本質的に裁量権であることに着眼すれば、追放は濫用の原則の管轄しうべき領域に論理的に且技術的に含まれることは常に云いうる。

結 語

例示的意味において以上にあげた先例について、共通の違法性の特質は何であろうか。それは、主権的権利の濫用（任意裁量権の濫用）に他ならない。

外国人追放は国家固有の主権的権利であり、その客体となるべき個人は誰かを且、また追放権発動の決定することは、何れも全く国家の主観に依存している。

以上に例示した先例においては、国際法廷における追放理由の開陳と、右理由の正当性が、裁判所に適法性の確認を与え得ない限りにおいて、違法とされ得たのを見た。

このことは、少くとも追放権が主権作用として国際法上、明かに承認されて来た傍ら、追放に訴えることを許容する一定の法的要件の存在を再確認せしめる。

追放はその決定が国家の主観的認定に基づくとは云え、その認定の法的要件自身、当該国家の直面する個々別々の場合を通じて、一般国際法から伝来するものと解さなければならぬ。

さもないと、外国人追放は全面的に主観的な国家の恣意に合法性を与える制度でしかあり得ないであろう。

「法的行為を行う権限は絶対性を意味しない。その権限は実定法が右権限の援用につき課する direction によって条件づけられている。」⁽¹⁾ とセルは云うが、追放に關して求められる国際法上の要件の存在理由は、そこに含まれている。

一九一一年五月十四日付で上呈された米国务省法律顧問の意見書は、追放の合法性の問題について次のごとく述べているのも注目される。

「追放の權利は主權の屬性であるが、しかし一外国人の存在が当該國（外国人居住國）の公安に害あるとき、窮余の手段（extreme measure）としてのみ正当づけられる（主權の）屬性である。

國務省は追放措置がとられる場合は、追放される個人の人体及び財産に関する諸權利に正当な顧慮を払って、その措置が完了されるべきであることを終始一貫主張し來ったが、又同時に、追放に訴へる政府は被追放者の本國政府に對して、追放の理由及びその証明（evidence）、同じく右追放の正当性（reasonableness）を示す証拠を通告するものと思考する旨を主張して來た。」⁽²⁾

また、追放が執行される際の被追放者取扱についても次のように細述している。

「追放という手荒な措置（harsh measure）をとる主權的權利は首肯されているが、一方において、實際には極端な取扱に對する苦情申立は、ある場合に全く追放とは別箇の問題であると考え得よう。…追放に關連して專斷的且つ過酷な取扱に對する苦情が出る場合には、政府が追放に訴えたという事實が、右の過酷な取扱いの性質を評價する際に考慮に入れうるある重要な事柄（something）であるように思われる。

外国人を追放する場合の確且つ適正な手段に關する國際法又は慣行上の規則はないかも知れない。…しかし、不必要な實力の行使またはその他適當でない取扱を用いる途がとられた時は、…追放が効果を生ぜしめられたその態容を考慮に入れるから…抗弁の理由が存しうる。」⁽³⁾

右に見た意見書は、二つの点において、既に先例的考証を試みた追放に關し、權利濫用にもとづく違法性の發生を指摘しているものと解しうるものがある。

第一点は、追放決定は無目的、恣意的主權作用であり得ず、國際法上の制度として國家利益保護の爲の法的事件性を有すること。即ち、追放理由の合法的な枠が存しうること。

第二点は、追放の目的実現の過程そのものにおいて、外国人待遇に関する問題が派生し得、一定の過酷な取扱を避止する義務を怠った故に、その行為に關する限りで独立した不法行為の成立もありうる。と同時に、そのような結果は追放決定そのものと何らかの因果關係があり、結局決定權が發動の要件を正當に満たしていたとしても、權利の目的實現の過程の故に違法化する可能性を否定できないこと、の諸事實である。

さて、こゝで一定の追放が帯びる不法性を齊らす根拠に窮局的にふれる必要がある。追放決定が裁量の問題であると云つても、無限定的な裁量でなく、特定の國家利益保護の實現をはかるために一般國際法の客觀的要件をみたすことが論理的には國家の追放決定に先行している。しかし、その國際法上という客觀的要件は果して條約、慣習法上明示的に常に与えられているか。この点については先例考証の際にふれたが、先に引用した一見解にも見られるごとく、手続的側面においては、殆ど統一的な國際規則は未だ成熟していないと觀すべきであらう。従つて外国人待遇、即ち國際水準主義等も別な面から不法性を附与する準則として作用する余地があるのではなからうか⁽⁴⁾。一方キスは論理的には、追放理由の舉証が追放決定行為の合法、不法を定める基準として作用しうることはヴァツテル以来、義務として承認されているといつてゐるが、⁽⁵⁾この問題は、追放決定における國際法原則の具體的顯現化に關係する。

従つて、追放事由の再検討は、主權によつて一応合法とせらるる國家行為を、形式的要件より更に立入つて審査する一方式と考えられる。それはとりもなおさず主權的權利の濫用の檢証に他ならぬ。

こゝで確かに云えることは、追放の濫用の頻度は「國家機關や政府が国内的な自己の機能に眩惑されて國際法秩序の要求及びその存在を殆ど認識しない」⁽⁶⁾ことに負うてゐることである。にも拘らず、追放手続のみならず追放に訴えられるべき事由は、各國の主觀的利益によつて定まつてゐると見るべきで、最も國際的に抽象した要件が「公安維持」に歸するといふのみであるからの、追放の制度ほど、國際法が主權に与える宏汎な利益保護手段は少ないと

云える。同時にこれは亦、屬地的主權が如何に強いかを示すに他ならぬ。このように法的制度として存在して来ながら、その制度の構成において精ちを欠く場合には、あくまで權利行為が右制度より派生するものである以上その行為の適正を保障することには一段の考慮が加えられていなければならない。特定の法規にもとづく權利行為の不法性は不法化の要件の規定、一定目的のための当該權利の援用禁止、等によって明示的に或は解釈的に明かであり得る。

之に較べ、法規よりも法原則に近いものに基く制度にあっては、その制度により生ずる權利の行使は極端化し易い傾向をもつ。追放の場合、以上の点を考慮すれば、中心問題（不法性の発生事由）は、先づ「公安維持」が各国の主觀的判断である点に存する。國際法制度の目的を右の判断において正しく解したか否かは、当然、当事者以外の第三者の裁定において少くとも客觀的に論じられうる。従つてこの國家の主觀的判断と、國際法の要求する客觀的要件の間の粗齟の存在を、一定の追放につき生ずべき違法性の根拠とする以外はない。

かくして、追放の動機及び理由に關して深められた検証は權利濫用理論の實際化と実体的には殆ど同じである。單に慣習法的形成に負う追放の制度が、その法的構造において幾多の不明確性を含むが故に、權利濫用原則による追放の検討は場合により必要なのである。

法の極は不法の極（*summum jus, summa injuria*）の法諺⁸⁾は追放における權利濫用原則の適用において具体化されているものと云えよう。

追放について濫用を認めることは追放国及び被追放者の本国の間で当然に行われうるものでないことは事實として云い得る。

従つて両者から独立した第三者少くとも判定を行いうる能力と資格を具えた國際法廷が行うべき決定であることはすでにふれた⁹⁾。この点では国内法上裁判所が法の適正な実現を保障するために用うる濫用禁止の觀念はある程度国

際法についても妥当する。

しかし例えば国際司法裁判所五十九条の立法趣旨にてらして云えば、濫用の態容が決定的な形において判例的に国際法上定まるとは考えられない。その意味で濫用発足の現象性は国内法より遙かに機宜的にみられるものと断するより他はない。

- ① J. Scelle, Précis de droit des gens : deuxieme partie P. 38
 - ② Moore, Digest of International Law Vol. 10 P. 141
 - ③ Hackworth, Digest of International Law Vol. 3 281 P. 691
 - ④ 国際請求の生じた場合を事実的に考証した上、ボーチャードが、追放措置は、追放の直接の目的 (its direct objet) のために限られるべきであるから、実際の追放の際の不必要な苛酷さは国際請求を理由あらしめるものにすると考えられる旨を指摘しているのは注目される。Borchard Diplomatic protection of citizens abroad. P. 59
 - ⑤ Kiss, Abus de droit en droit international P. 137
 - ⑥ J. Scelle, Précis de droit des gens : deuxieme partie P. 38
 - ⑦ 「理論上は絶対的な権利と裁量が政府に対して附与されている一方において専断的（恣意的）な追放は国際請求の根拠を構成する」Borchard 前掲書二八節五一頁より引用
 - ⑧ これは Cicero の言である。
 - ⑨ ボーチャードの挙げる例によれば追放は任意裁量権の問題であるから行政命令で執行されるが少数の国では、その行政行為が司法的検討に服せしめられている。例えば仏、米では行政裁判所又は特別の委員会が之を行う。猶裁判所が直接介入する例としてはブラジル・メランダがある。一般的には追放の動機及び理由は司法的意味での検討には国内法上は服せしめられない場合が多い。Borchard 前掲書二九節参照
- ムーアが犯罪人引渡と追放の差異を強調して、政治犯の場合や犯罪人引渡の理由にならない場合において追放がしばしば用いられる点を指摘しているのも留意しなければならない。
- Moore, Digest of International Law Vol. IV P. 68—69